

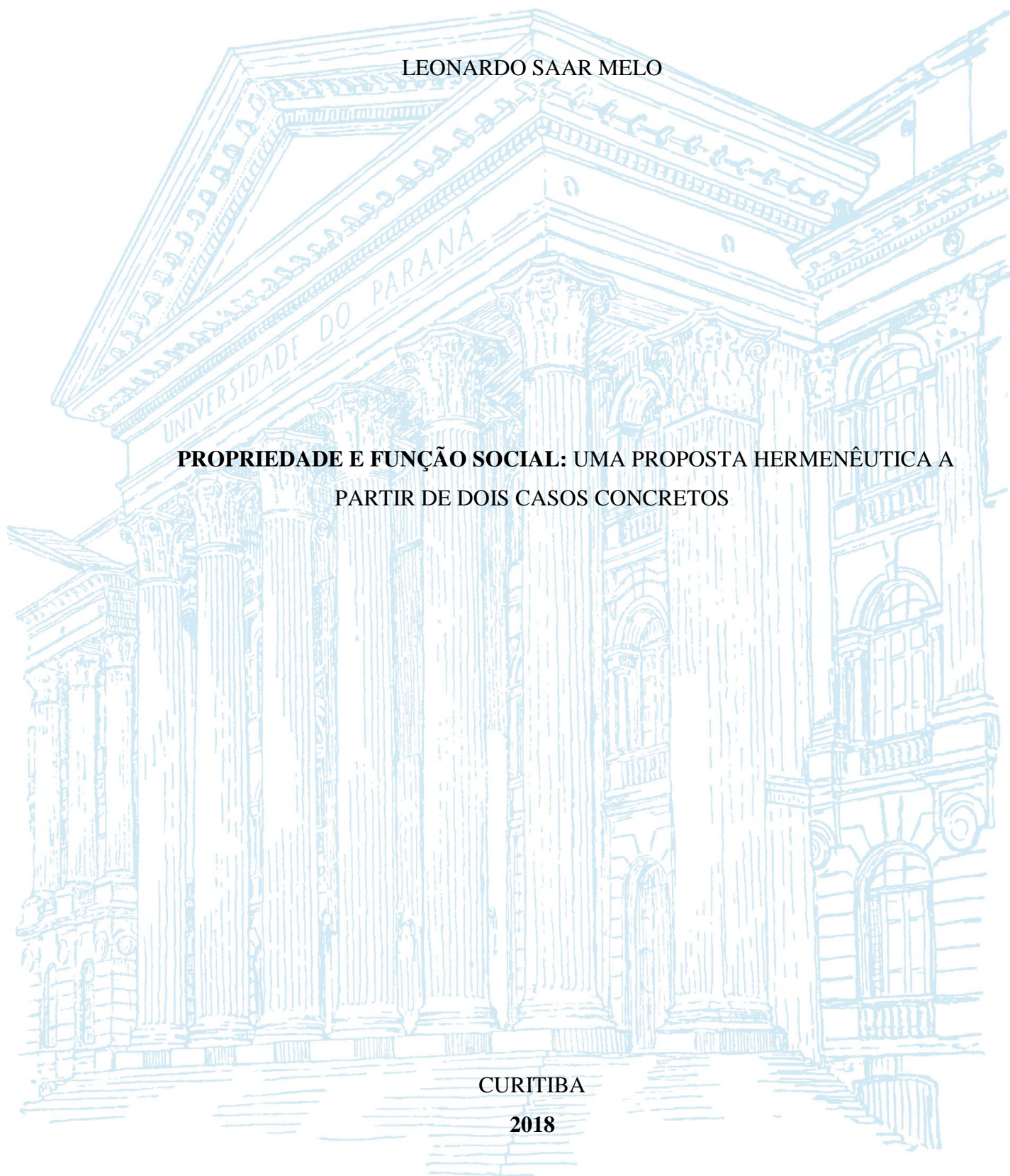
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEONARDO SAAR MELO

**PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA A
PARTIR DE DOIS CASOS CONCRETOS**

CURITIBA

2018



LEONARDO SAAR MELO

**PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA A
PARTIR DE DOIS CASOS CONCRETOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Ciências Jurídicas. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo.

CURITIBA

2018

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo demonstrar que existe uma problemática hermenêutica a respeito do que consiste a propriedade privada na contemporaneidade a partir da compreensão da função social, a qual será comprovada através de análise de dois casos concretos paradigmáticos. Para tanto, foi utilizado o método indutivo de pesquisa para elucidar a problemática hermenêutica, a qual ocorre devido a relação entre o fenômeno da função social da propriedade e o fenômeno da propriedade. Ainda, destaca-se a importância da análise de construção de discursos e os diversos discursos proprietários que influenciam na conceituação de propriedade na contemporaneidade, bem como os discursos que influenciaram a construção do princípio da função social da propriedade e o embate doutrinário entre teorias que elucidam que a função social da propriedade está inserida no suporte fático do direito de propriedade e aquelas que combatem tal posicionamento.

Palavras-Chave: Propriedade. Princípio Proprietário. Função Social da Propriedade. Estudo de Casos.

ABSTRACT

The objective of this work is to demonstrate that there is a hermeneutical problem regarding what constitutes private property in Brazilian contemporaneity property's starting of understanding social function, which will be proved through of analysis for two concrete cases. Therefore, will be used a inductive method to elucidate this hermeneutical problem. Even more, clarifies the importance to study the construction of discourse and the several proprietary discourses which have influence in the conceptualization of property, as well as the several social function discourses wich have influence in the conceptualization of social function.

Key-Words: Property. Property Principle. Social Function. Concrete Cases.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO AO MÉTODO DE PESQUISA | 6 |
| 1.1 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A DIFERENÇA ENTRE CONCEITO E DEFINIÇÃO ... | 7 |
| 1.1 CASO PARADIGMÁTICO N.1: RECURSO ESPECIAL N. 468.405/SP – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. | 8 |
| 1.2 CASO PARADIGMÁTICO N. 2: AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.517/MG – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 10 |
| 2. ANÁLISE SOBRE OS DISCURSOS PROPRIETÁRIOS | 14 |
| 2.1 A RELEVÂNCIA DOS DISCURSOS | 14 |
| 2.2 O DISCURSO PROPRIETÁRIO | 15 |
| 3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE | 22 |
| 3.1 DISCURSO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE | 23 |
| 3.2 TEORIA INTERNA X TEORIA EXTERNA | 25 |
| 4. CONCLUSÃO | 29 |

1. INTRODUÇÃO AO MÉTODO DE PESQUISA

A propriedade é fenômeno complexo e largamente estudado no decorrer da história. Isso porque, a relação do ser humano com as coisas reflete características do próprio conceito de indivíduo de dada sociedade, bem como exterioriza o fato de que ter propriedade é atributo inerente as necessidades do ser humano.

Em que pese a construção de discursos proprietários individualistas e excludentes no decorrer da história, desde o século XX existem preocupações quanto a critérios solidários e a forma com que o fenômeno da propriedade interfere no convívio social, o que resultou em uma consolidação do discurso da função social da propriedade na contemporaneidade.

Em análise sobre o papel da função social da propriedade no ordenamento brasileiro, o professor Rodrigo Xavier Leonardo explica que:

A função social da propriedade insere-se no centro do dilema entre a perspectiva do direito privado individualista e patrimonialista – solidificado pelas principais codificações liberais -, e uma perspectiva comprometida com outros valores, emergentes em uma sociedade imersa em desigualdades. (LEONARDO, 2004, p. 271).

Diante disso, reconhecendo a relação entre o fenômeno da propriedade privada e da função social da propriedade, o presente trabalho de conclusão de curso visa a elucidar em que medida o fenômeno da função social da propriedade interfere no próprio conceito de propriedade e, para tanto, utiliza dois precedentes julgados pelo Superior Tribunal de Justiça para exemplificar a complexidade e a divergência de interpretações nos órgãos julgadores brasileiros.

Primeiramente, necessário tecer esclarecimentos metodológicos.

Conforme orienta o professor Pedro Demo (1985), alguns critérios metodológicos são universais, tais quais as regras lógicas de conhecimento. Todavia, as ciências jurídicas, como ciência que se comunica através da linguagem e utiliza de análises sociais para averiguação, necessita de uma metodologia relativamente específica.

Em análise convergente sobre o assunto, orienta Antônio Carlos Gil:

Isso não significa que a pretensão de estudar cientificamente o homem e a sociedade deva ser abandonada. Torna-se necessário, porém, reconhecer que os objetos das ciências humanas e sociais são muito diferentes dos das ciências físicas e biológicas e ressaltar algumas das dificuldades daquelas ciências (...). (GIL, 2008, p. 4).

Diante dessa constatação, evidencia-se que o método de pesquisa deve ser delimitado, reconhecendo as dificuldades na análise social.

No presente trabalho científico, a metodologia adotada é a indutiva, que parte, como premissa, de dois casos concretos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça para análises e conclusões amplas sobre a conceituação de propriedade na contemporaneidade brasileira.

Conforme orienta Mariana de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos (2003), o argumento indutivo se fundamenta em premissas verdadeiras, todavia, conduzem a abstrações, o que resulta em conclusões prováveis.

Diante disso, não se vislumbra conceituar o fenômeno da propriedade, haja vista que tal tarefa seria imprecisa através da metodologia científica utilizada, bem como, conforme orienta o professor Luciano de Camargo Penteado (2014, p. 153), “referir o conceito de propriedade de forma a esgotar todas as suas possibilidades é, portanto, tarefa impossível se tomada como um absoluto”.

Todavia, a tarefa desempenhada visa a demonstrar que existe um problema de conceituação e interpretação que decorre da forma com que o fenômeno da função social da propriedade dialoga com o direito de propriedade, o que resulta em insegurança jurídica.

1.1 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A DIFERENÇA ENTRE CONCEITO E DEFINIÇÃO

Como bem orienta o professor José Roberto Vieira (2005), conceituação e definição são atividades diferentes.

Conforme expressa José Roberto Vieira, “conceito” é uma palavra de origem latina, “*conceptum*” – pensamento, ideia, opinião ou noção. Dessa forma, pode-se concluir que conceituar é expressar uma noção abstrata, uma ideia geral e completa sobre algo.

Por outro lado, o verbo definir é oriundo do radical latino “*finis*” (fim, limite), expressando sua vinculação semântica a ideia de “delimitar”. Diante disso, conclui-se que ao definir está, em última análise, delimitando uma conceituação, a qual se expressa de forma mais geral e abstrata.

Assim, ao adotar como objetivo a análise da amplitude com que o fenômeno da função social da propriedade influencia no conceito de propriedade privada, o ideário é apresentar uma noção não apenas restrita às delimitações hermenêuticas de dado texto legal, mas apresentar o

fenômeno da propriedade em sua completude, influenciada por fatores políticos, históricos, culturais e econômicos.

Além disso, visa a demonstrar que, em razão de não existir uma definição clara do que é o fenômeno da propriedade no direito brasileiro, existem divergências hermenêuticas a respeito de sua conceituação, o que resulta em insegurança jurídica, conforme orienta Otavio Luiz Rodrigues Junior:

Na verdade, esse discurso retórico, bastante difundido nos dias atuais, tem servido para ampliar o terceiro problema metodológico que se apontou acima: a simplificação do conceito de propriedade e a ausência de critérios técnicos firmes para exposição dos graves conflitos hermenêuticos decorrentes da aplicação dos dispositivos legais e constitucionais assecuratórios da propriedade e da função social. (JUNIOR, 2011, p. 73).

Após elucidação do que se busca investigar ao se debruçar sobre a relação entre o princípio da função social da propriedade e o fenômeno da propriedade privada, passa-se à análise dos casos paradigmáticos que fundamentam o método científico ora utilizado, os quais serão retomados no decorrer do trabalho científico.

1.1 CASO PARADIGMÁTICO N.1: RECURSO ESPECIAL N. 468.405/SP – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

As pessoas jurídicas Fortaleza Empreendimentos Gerais Ltda. e Participações e Imóveis São José Ltda. promoveram, em 14 de fevereiro de 1992, ação de indenização por desapropriação indireta contra o Estado de São Paulo.

As autoras alegavam que, em razão da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, através do Decreto n. 10.251 de 30 de agosto de 1977, que declarou um perímetro no Estado de São Paulo como de utilidade pública e constituiu tal perímetro em floresta e mata de preservação permanente, houve ofensa a seus direitos de propriedade, pois, sem efetivar qualquer pagamento e sem compensar o débito fiscal como parte da indenização devida, o Poder Público feriu o direito sobre terras que totalizavam um perímetro de 1.121.524,00 m², tendo em vista que, ao interditar o seu uso, catalogando-as como área de proteção permanente, inviabilizou o exercício pleno do direito de propriedade dos autores.

O juízo de primeiro grau fundamentou que, no que tange ao julgamento de mérito e referente a parte mais significativa do perímetro atingido, procedia aquilo pleiteado pelos autores, alegando que o Decreto Estadual n. 10.251 de 1977 impôs às terras dos autores

restrições ao seu uso e proibiu a exploração dos recursos naturais, impossibilitando qualquer exploração econômica, tendo o texto do decreto-lei caráter de apossamento de terras por si próprio.

Segundo posicionamento adotado, ao restringir o uso da propriedade dos autores, feriu o próprio direito de propriedade, ao delimitar que direito de propriedade tem, em seu conceito, o ideário de que o autor deve ter a possibilidade de usar da coisa.

Tal fundamentação teórica foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, razão pela qual a Procuradoria do Estado de São Paulo interpôs Recurso Especial.

Em sede de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao alegado pela Procuradoria do Estado de São Paulo, afirmando que a função social da propriedade compreende dever de respeito ao meio ambiente. Segmenta-se do voto do Relator:

As minhas reflexões sobre esses aspectos levam-me ao convencimento de que nenhuma indenização é devida aos recorridos. O uso da sua propriedade está vinculada a sua função social. Esta tornou-se presente com a necessidade de preservar-se, para o bem da humanidade, os recursos naturais da Mata Atlântica. (STJ, Resp. 468.405/SP, rel. Min. José Delgado, j. 20.11.2003)

Diante do exposto, evidencia-se que a problemática hermenêutica do caso paradigmático n.º 1 ocorre na conceituação de propriedade privada quanto à faculdade do proprietário em usar a propriedade de forma livre.

Em análise do caso, abstrai-se que as pessoas jurídicas Fortaleza Empreendimentos Gerais Ltda. e Participações e Imóveis São José Ltda. adquiriram terra-nua sem qualquer ônus que impedisse ou dificultasse o aproveitamento da propriedade.

Todavia, um decreto do Poder Executivo Estadual delimitou um perímetro que envolvia a terra-nua citada como área em que se localizaria o Parque Estadual da Serra do Mar, impedindo a livre manipulação da propriedade.

A propriedade das pessoas jurídicas não foi desapropriada no prazo decadencial, e os proprietários sofreram o ônus de não poder construir nas terras de forma livre e não receberam indenização do Estado em razão dessa limitação, motivo pelo qual promoveram ação de desapropriação indireta.

O que evidencia a divergência hermenêutica entre os órgãos julgadores são as fundamentações utilizadas, pois, em sede de primeiro e segundo grau de jurisdição, entenderam os julgadores que o referido imóvel sofreu esvaziamento econômico, o que justificaria uma interferência do Estado passível de indenização, haja vista que os proprietários perderam a

faculdade de utilizar do imóvel da forma que originariamente podiam, caracterizando um apossamento por parte do poder público.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, em acórdão emblemático, consolidou o entendimento de que nenhuma indenização era devida aos proprietários da terra-nua, afirmando que não houve nenhum prejuízo ou apossamento por parte do Poder Público, pois, o uso da propriedade está vinculada a sua função social, a qual se tornou presente pela necessidade de preservar, para o bem da humanidade, os recursos naturais.

Tal caso concreto demonstra a dificuldade de convergência entre o discurso de propriedade privada como liberdade e abstração e a preocupação com valores sociais.

1.2 CASO PARADIGMÁTICO N. 2: AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.517/MG – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária interpôs Agravo Regimental contra decisão monocrática do Relator Ministro Humberto Martins, a qual negava provimento ao Recurso Especial que sustentava a desapropriação especial para fins de reforma agrária de um imóvel produtivo, alegando que, em que pese o imóvel ser produtivo, descumpria a função social por não haver no imóvel uma área de preservação permanente, bem como os proprietários respondiam por processos criminais decorrente de tensões sociais envolvendo o imóvel.

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu conforme a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. CONCEDIDA PARA SUSPENDER PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMÓVEL PRODUTIVO. AUSÊNCIA DE DECRETO PRESIDENCIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FALTA DE JUNTADA DO TRABALHO DE CAMPO. RESERVA LEGAL. NECESSIDADE DE INCLUSÃO NO CÁLCULO MESMO QUANDO NÃO AVERBADA. CONFLITOS AGRÁRIOS. QUESTÕES QUE DEVEM SER SOLUCIONADAS EM OUTROS PROCESSOS. INVASÃO COMPROVADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. Os agravados não atacaram decreto presidencial. Se esse ainda não foi expedido, há possibilidade de suspensão do processo administrativo. 2. Embora o INCRA não tenha sequer juntado o trabalho de campo que realizou, admite que a propriedade é produtiva. Logo, há impedimento constitucional à concretização da desapropriação. 3. Os conflitos ocorridos no imóvel não têm o condão de afastar a produtividade do imóvel. Serão apreciados em ações próprias." (TRF 1ª – AI n. 2007.01.00.036368-7, Relator Des Hilton Queiroz, Data de julgamento: 20/09/2007, 4ª Turma)

Conforme se abstrai do acórdão, o entendimento consolidado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região é de que se a propriedade é produtiva há impedimento constitucional à concretização da desapropriação, sendo, dessa forma, a produtividade da propriedade um parâmetro de funcionalidade em área rural.

Em que pese interpretação diversa desenvolvida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial, o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região foi mantido em razão da limitação imposta pelo consagrado na Súmula 7 do Tribunal Superior, conforme ementa:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO EXPROPRIATÓRIO. MEDIDA CAUTELAR PELO JUIZ SINGULAR. POSSIBILIDADE. CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL QUE NÃO SE RESUME À PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL NÃO RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. Entendeu o Tribunal de origem que os recorridos não atacaram o decreto expropriatório, mas sim atos administrativos outros que podem ser sustados para impedir a edição e publicação de Decreto Presidencial.
2. Assim, são inaplicáveis os arts. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/92 e 1º da Lei n. 9.494/97, que vedam a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias que objetivem a impugnação de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.
3. Nos moldes em que foi consagrado como um Direito Fundamental, o direito de propriedade tem uma finalidade específica, no sentido de que não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais. Enquanto adstrita a essa finalidade, a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre a sua função individual.
4. Em situação diferente, porém, encontra-se a propriedade de bens que, pela sua importância no campo da ordem econômica, não fica adstrita à finalidade de prover o sustento do indivíduo e o de sua família. Tal propriedade é representada basicamente pelos bens de produção, bem como, por aquilo que exceda o suficiente para o cumprimento da função individual.
5. Sobre essa propriedade recai o influxo de outros interesses – que não os meramente individuais do proprietário - que a condicionam ao cumprimento de uma função social.
6. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. É o que se observa, por exemplo, no art. 185, II, da CF.
7. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.
8. Há, conforme se observa, uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utilize em prejuízo de

outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros.

9. Assim, nos termos dos arts. 186 da CF, e 9º da Lei n. 8.629/1993, a função social só estará sendo cumprida quando o proprietário promover a exploração racional e adequada de sua terra e, simultaneamente, respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores.

10. No caso concreto, a situação fática fixada pela instância ordinária é a de que não houve comprovação do descumprimento da função social da propriedade. Com efeito, não há como aferir se a propriedade - apesar de produtiva do ponto de vista econômico, este aliás, o único fato incontroverso - deixou de atender à função social por desrespeito aos requisitos constantes no art. 9º da Lei n. 8.629/93.

11. Analisar a existência desses fatos, conforme narrado pelo agravante, implica revolvimento de matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ. (STJ – AgRg no Resp: 1138517/MG 2009/0085811-0, Relator: Min Humberto Martins, Data de Julgamento: 18/08/2011, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2011).

Diante do exposto, a problemática hermenêutica no caso paradigmático n.º 2 se dá na interpretação da função social da propriedade imóvel rural, com especial atenção para o critério da produtividade como elemento suficiente para o cumprimento de valores solidários.

No caso em análise, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária interpôs agravo regimental contra decisão do relator que julgou improcedente Recurso Especial interposto pela mesma autarquia federal.

No mérito, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária visava à reforma da decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a qual negou provimento da desapropriação especial para fins de reforma agrária do imóvel objeto da lide por ser incontroverso que a área era produtiva, fundamentando que há óbice constitucional à reforma agrária de imóvel rural produtivo.

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça não ter dado provimento ao recurso interposto pela autarquia federal, em razão da Súmula 7 do próprio Tribunal Superior, que impede o reexame de provas em sede de Recurso Especial, importante é a leitura a respeito do fenômeno da propriedade privada e da função social realizada pelo Ministro Relator Humberto Martins, a qual merece destaque.

Primeiramente, o Ministro elucidou que fundamenta sua conceituação em uma divisão entre propriedade com função individual e propriedade com função social.

Quanto a função individual da propriedade, o Ministro alude que “o direito de propriedade tem uma finalidade específica, no sentido de que não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais”, ainda, assevera “enquanto adstrita a essa finalidade, a propriedade consiste em um

direito individual e, iniludivelmente, cumpre sua função individual” (STJ – AgRg no Resp: 1138517/MG 2009/0085811-0, Relator: Min Humberto Martins, Data de Julgamento: 18/08/2011, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2011).

Na leitura do Ministro, a propriedade em sua função individual não exige uma posição ativa do proprietário.

Em outra vertente, contudo, deve ser analisada a propriedade que, pela sua importância no campo da ordem econômica, não se limita à finalidade de prover o sustento do indivíduo ou de sua família, excedendo o suficiente para o cumprimento da função individual. Quando a propriedade se encontra em destaque na ordem econômica, atingindo interesses que não são meramente individuais, impõem-se a ela uma função social.

Nesse sentido, fundamenta o Ministro Humberto Martins:

Há, conforme se observa, uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utiliza em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros. (STJ – AgRg no Resp: 1138517/MG 2009/0085811-0, Relator: Min Humberto Martins, Data de Julgamento: 18/08/2011, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2011).

Após a realização do esclarecimento hermenêutico acima exposto, o Ministro conclui afirmando que a propriedade condicionada a função social não se limita a sua produtividade, mas além de produção, deve haver uma “exploração racional e adequada de sua terra e, simultaneamente, respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores” (STJ – AgRg no Resp: 1138517/MG 2009/0085811-0, Relator: Min Humberto Martins, Data de Julgamento: 18/08/2011, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2011).

Outrossim, o Ministro alude que a propriedade condicionada pela função social teve integrada, a partir da Constituição Federal de 1988, em seu conceito jurídico-positivo a funcionalidade.

Destarte, em que pese não ter ocorrido reforma da decisão impugnada, o posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no que tange à produtividade da terra como parâmetro de funcionalidade foi diverso daquele defendido pelos julgadores em sede de primeiro e segundo grau de jurisdição.

Quanto a produtividade da propriedade rural como parâmetro de funcionalidade, acordaram os Ministros julgadores que a função social se configura não apenas com a

produtividade, o que aproximaria o instituto do princípio proprietário desenvolvido na modernidade, mas deve haver uma “exploração racional e adequada de sua terra e, simultaneamente, respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores”. (STJ – AgRg no Resp: 1138517/MG 2009/0085811-0, Relator: Min Humberto Martins, Data de Julgamento: 18/08/2011, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2011).

2. ANÁLISE SOBRE OS DISCURSOS PROPRIETÁRIOS

2.1 A RELEVÂNCIA DOS DISCURSOS

Primeiramente, antes de adentrar ao tema, importante elucidar que a propriedade é realidade social com papel relevante na consolidação da estrutura das sociedades e na adoção de modelos de regime. Dessa forma, evidencia-se que a medida de tutela à propriedade é fulcral para escolha de modelos políticos.

Em acertada análise sobre o tema, Luciano de Camargo Penteado alude que:

Como a nota diferencial para a propriedade no confronto com as demais situações jurídicas acaba por ser a exclusividade, ela é profundamente importante na medida em que confere um poder de domínio sobre a realidade externa, atribuído ao particular. Daí que esse poder seja sempre de necessária atenção do governante, pois poderá até mesmo se voltar contra ele. Muitas foram as revoluções que historicamente baseiam-se em disputas políticas em torno das terras e das propriedades. (PENTEADO, 2014, p. 89).

Diante disso, abstrai-se que a propriedade é um fenômeno complexo e sua conceituação depende de uma explanação sobre a estrutura social e política de uma dada sociedade, como também afirma Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 151), “O conceito e a compreensão, até atingir a concepção moderna de propriedade privada, sofreram inúmeras influências no curso da história dos vários povos, desde a antigüidade. A história da propriedade é decorrência direta da organização política”.

Assim, um estudo sobre a propriedade não pode se delimitar ao seu aparato jurídico, mas deve ser analisado o desenvolvimento político da região que disciplina a propriedade e a forma com que a sociedade interpreta a ligação entre o ser humano e a propriedade que ele externa.

Para tanto, o método de análise ao aparato social que permeia a propriedade privada parte de premissa defendida por Crawford Browgh Macpherson, explicada por Felipe Frank (1999, apud FRANK, 2011, p. 12), o qual advoga que a criação dos institutos sociais é feita pelo homem (man-made), que pode ocorrer para mantimento de determinadas vontades de classe ou para atendimento de necessidades vitais, conforme alude:

(...) a criação dos institutos sociais é feita pelo homem (man-made), seja para atender suas necessidades vitais, seja para manter determinadas vontades de classe (wants of the classes), as quais estão ligadas a desejos, cuja abrangência vai da necessidade de existência da classe e de sobrevivência daqueles que a compõem ao desejo de manutenção de determinado status quo alcançado pela classe e por aqueles que a integram. (FRANK, 2011, p. 12).

Ao se reconhecer que a criação de institutos sociais é feita por grupos sociais e em prol de seus interesses, a fundamentação de criação desses institutos ocorre através da ordem de discursos, a qual tem por função, conforme orienta Michel Foucault (FOUCAULT. 2006, p. 10) “conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”.

O discurso, dessa forma, revela a ligação entre o desejo e o poder daquele que o profere ou por ele é beneficiado, se consolidando como a materialização de certa visão de mundo e consolidando verdades, as quais são recepcionadas pela sociedade, conforme orienta Michel Foucault (2006).

Dessa forma, o conceito de propriedade é fortemente influenciado pelo discurso proferido por dado grupo social em prol de seus interesses, razão pela qual sofreu demasiadas alterações no decorrer da história da humanidade.

2.2 O DISCURSO PROPRIETÁRIO

Conforme orienta o professor Eroulths Cortiano Junior (2002), a partir dos movimentos iluministas, motivados por interesses da burguesia, a interpretação do fenômeno da propriedade, na modernidade, tendeu a uma abstração ampla e estritamente vinculada ao corolário da liberdade individual.

Isso ocorre, pois, como alude Eroulths Cortiano Junior (JUNIOR. 2002, p. 85) “o modelo proprietário passa de instrumento de garantia da classe burguesa fundadora da sociedade liberal e se transforma em instrumento de organização e funcionamento de todo o sistema”.

Em análise convergente, Felipe Frank elucida que a concepção de propriedade abstrata está calcada no individualismo proprietário, conforme segue:

Quanto à concepção de propriedade abstrata, verifica-se que está calcada no individualismo proprietário, cuja realização se dá pela desapareição do sujeito, pelo uso e pelas necessidades exclusivamente pessoais, os quais interessam única e exclusivamente ao indivíduo consumidor separadamente considerado. (FRANK, 2011, p. 18-19)

Isso porque, com a ocorrência do fenômeno que Errouths Cortiano Junior (2002) denominou de “atomização da sociedade”, as ligações sociais nas quais os sujeitos estavam inseridos perderam importância face a própria noção da autonomia do indivíduo, cabendo ao ordenamento deixar ao indivíduo o papel de efetivar e exercer os poderes de forma livre, se aproximando, dessa forma, o conceito de propriedade ao conceito de liberdade individual.

Ainda, o professor Errouths Cortiano Junior (2002, p. 124) afirma que “a abstração do objeto da propriedade é imprescindível em um sistema baseado na lógica de mercado”, haja vista que nesse sistema econômico muitas coisas devem ser passíveis de entrar em circulação.

Por essa razão, a norma deixa de conceituar a propriedade a partir da coisa apropriada, apenas trazendo lastros aos poderes do proprietário, o que pode gerar ambiguidades conceituais na mente do operador jurídico, todavia, tal ambiguidade é “em verdade, uma não ambiguidade: a infinita possibilidade do princípio proprietário” (JUNIOR. 2002, p. 125).

Com a consolidação da era da mercancia absoluta, a interconexão entre mercado e propriedade se aprimora e se converte no princípio de funcionamento do sistema, fazendo com que ocorra uma transformação do modelo proprietário em princípio proprietário, conforme afirma Errouths Cortiano Junior:

A interconexão entre mercado e propriedade vai se agudizar com a era da mercancia absoluta: a propriedade se separa dos proprietários e se converte no princípio de funcionamento do sistema, enquanto sistema destinado à produção ilimitada de riquezas e à disponibilidade e apropriação destas riquezas mediante as trocas mercantis. (JUNIOR, 2002, p. 130).

O princípio proprietário, dessa forma, decorre da abstração do modelo proprietário e da estrutura da sociedade em torno do mercado, possibilitando com que o valor de troca das coisas se sobreponha ao valor de uso e as relações sociais se balizem pela propriedade externalizada pelos indivíduos.

Em razão do discurso proprietário consolidado na modernidade, a propriedade passou a ser conceituada como puro direito subjetivo, conforme orienta o professor Francisco Eduardo Loureiro:

A propriedade, portanto, em seu conceito tradicional, é vista como puro direito subjetivo, entendida tal categoria fundamental como o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. Reflete uma posição jurídica de vantagem, que confere ao sujeito a direta tutela de um seu interesse. (LOUREIRO. 2003, p. 38-39).

Tal paradigma social também esteve presente na modernidade brasileira, pois, conforme orienta Paulo Lôbo (2015), em que pese antes do Código Civil de 1916, terem se destacadas diversas fontes que tratavam sobre a propriedade, tais quais: a) as Ordenações Manuelinas e Filipinas; b) o direito romano; c) os alvarás; d) as cartas régias; e) as praxes; f) a analogia; entre outros. A construção paradigmática do conceito de propriedade sofreu forte alteração a partir do *Code Napoléon* de 1804, popularmente conhecido como o Código da Propriedade, o qual influenciou sobremaneira o Código Civil brasileiro de 1916 e denota características do discurso proprietário consolidado na modernidade.

Diante disso, pode-se afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 também fez uma opção pelo princípio proprietário e pela abstração da propriedade, em razão da clara influência dos discursos proprietários da modernidade e da alusão à propriedade absoluta consagrada no *Code Napoléon*. Explica o professor Eroulths Cortiano Junior que:

O Código Civil Brasileiro, que sofreu influência dos Códigos francês e alemão, também fez uma opção pela sistematização do direito, centrada no individualismo e voltada aos aspectos patrimoniais do ser humano. É um código voltado à manutenção do *status quo* das classes dominantes, obra de continuidade, cheio de sugestões patriarcais e capitalistas. (JUNIOR, 2002, p. 77-78).

Deve-se elucidar, que tal leitura individualista e patrimonialista do direito de propriedade sofreu críticas e rupturas já a partir do século XX, se consolidando preocupações solidárias no uso da propriedade e apresentando rupturas ao discurso proprietário consolidado na modernidade, conforme orienta o professor Rodrigo Xavier Leonardo:

As estruturas individualistas e, por consequência, fortemente excludentes, descritas no tópico precedente, não conseguiram se sustentar pela eternidade pretendida por alguns de seus teóricos. Diversos fatores contribuíram para a alteração desse modelo, que vão desde as lutas e reivindicações daqueles que eram destituídos da posição de proprietários, até as próprias insuficiências

internas do idealizado liberalismo, que – longe de semear o bem estar pela livre atuação dos agentes econômicos -, sustentaram a desigualdade material entre os indivíduos e uma rígida separação entre Estado e sociedade civil. (LEONARDO, 2004, p. 274).

Tal situação também se expressa na realidade brasileira, a qual merece análise atenta, tendo em vista que já na modernidade a doutrina tendia a flexibilizar tal entendimento face a valores de solidariedade, conforme sustenta Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011):

Chega a ser curioso que os próprios civilistas – e não os constitucionalistas -, imputem à dogmática privatista do século XX a injusta responsabilidade pelo conceito absolutista e individualista do direito de propriedade, que nem mesmo era aceito pelos doutrinadores coevos a cada uma das Constituições brasileiras do período republicano. Além da impropriedade técnica, essas afirmações colocam o Direito Civil sob uma retórica depreciativa de sua grande contribuição para a formação de uma nova concepção de propriedade. (JUNIOR, 2011, p. 73).

Ao analisar a realidade brasileira, o professor Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011) orienta que foi a partir da Constituição Imperial de 1824 que a propriedade passou a ser considerada como direito fundamental.

Para o autor (2011), a propriedade era considerada direito fundamental na Constituição de 1824 porque em seu artigo 179, inciso XXII, a Carta Maior estabelecia:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. (BRASIL, 1824).

Conforme se abstrai do texto legal, o Direito de Propriedade era garantido “em toda sua plenitude”, expressão que foi mantida na Constituição de 1891, conforme segue:

Art. 72 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 17 — O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. (BRASIL, 1891).

Sustenta o professor Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011) que a doutrina civilista, ao analisar o termo “em toda sua plenitude” das Constituições de 1824 e 1891, não se alinhava ao entendimento individualista extremado, mas se alinhava ao entendimento de que o proprietário deveria respeitar questões de solidariedade.

Em citação, Otávio Luiz Rodrigues Junior retoma texto de Carlos Maximiliano, que, ao comentar o artigo 72, §17º da Constituição brasileira de 1891, sublinha que não mais se aceita “a doutrina da propriedade ilimitada, nem tão pouco o conceito individualista de uma prerrogativa, que é mantida por motivos sociaes”. (2005, apud JUNIOR, 2011, p. 75)

Todavia, foi com a Constituição de 1934 que a proteção do interesse social e coletivo ficou mais evidente, haja vista que o texto constitucional afirmava:

Art 113 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (BRASIL, 1934).

Assim, evidencia-se a finalidade social do texto constitucional e a publicização da propriedade em respeito ao interesse social ou coletivo já na Constituição de 1934.

Entretanto, na Constituição de 1937 foi retirada a assertiva expressa na Constituição de 1934 que afirmava que o direito de propriedade “não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo”. (BRASIL, 1934).

Todavia, o fenômeno da propriedade já tinha se estruturado em prol de limitações sociais, o que já estava consolidado na hermenêutica jurídica, conforme afirma o professor Otávio Luiz Rodrigues Junior:

A irradiação da propriedade com limites sociais, entretantes, já se havia operado. Independentemente dessa ablação do texto constitucional, a melhor dogmática civilista entendia não ser mais possível fazer essa dissociação, como que a provar a inexistência de supremacia axiológica da Constituição. (JUNIOR, 2011, p. 17).

Na sequência, a Constituição de 1946 retomou os princípios de proteção social expressos na Constituição de 1934, ao afirmar, em seu artigo 147, que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”. (BRASIL, 1946).

Ainda, em que pese as controvérsias históricas do real significado atribuído ao termo, foram nas Constituições do período militar, de 1967/1969, que o termo “função social da propriedade” apareceu no ordenamento Constitucional, conforme artigo 157, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e artigo 160, inciso III da Emenda Constitucional nº 01 de 1969.

Diante disso, elucida-se a preocupação com valores de solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da Constituição de 1988, a qual não pode ser esquecida ao se realizar uma construção hermenêutica do discurso proprietário na contemporaneidade.

A evidente preocupação com valores sociais e o reconhecimento de que ser proprietário reflete um feixe de poderes e deveres é o marco do discurso proprietário na contemporaneidade, o que decorre de interesses políticos subjacentes.

Quanto ao tema, segundo Francisco Eduardo Loureiro:

Alguns autores deram-se conta de que a propriedade é uma relação jurídica complexa, que reúne não só um feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, mas também deveres em relação a terceiros proprietários e a terceiros não-proprietários. (LOUREIRO, 2003, p. 43).

Salienta-se, contudo, conforme sustenta o professor Pietro Barcellona (1996, apud JUNIOR, 2002), que o princípio proprietário continua existindo na contemporaneidade, pois, ao se organizar como sociedade de massas de consumo, o individualismo proprietário continua prevalente, transmutado em individualismo de consumo.

Todavia, em que pese a manutenção de um princípio proprietário na contemporaneidade, a progressiva preocupação com valores sociais e com a democratização da propriedade denota uma ruptura entre os discursos.

Tal problemática é o cerne do conflito hermenêutico do caso paradigmático n.º 1, enunciado no capítulo introdutório do presente trabalho científico, pois, os magistrados em 1º e 2º grau de jurisdição firmaram entendimento de que o esvaziamento econômico representaria apossamento de propriedade, haja vista que o conceito de propriedade se vincula a possibilidade de usar o bem de forma livre.

Todavia, os Ministros julgadores do Superior Tribunal de Justiça afirmaram que o uso da propriedade privada deve ser condicionado por valores sociais, o que justificava, naquele caso, o entendimento de que não ocorreu interferência abusiva no direito de propriedade dos autores.

Denota, dessa forma, uma das rupturas do discurso jurídico da propriedade privada apresentada pelo professor Eroulths Cortiano Junior (2002), pois, a propriedade privada se

consolidou como propriedade não funcional socialmente, com a idealização de que seria assegurado ao proprietário o exercício de seus poderes de forma que lhe conviesse, a qual, em razão do princípio proprietário que permeou a estrutura social a partir da modernidade, deve ter em seu cerne o viés de liberdade e, essencialmente, liberdade econômica.

Todavia, a estrutura proprietária consolidada na modernidade foi diversas vezes contestada e, atualmente, “a visão da função social da propriedade passa pelo redimensionamento mesmo do direito de propriedade.”. (JUNIOR, 2002, p. 142).

Destarte, para apreciação da função social da propriedade no caso concreto, conforme ensinamento do professor Eroulths Cortiano Junior (2002), o operador do direito deve se remeter as relações concretas em que incide o fenômeno proprietário.

Haja vista que o conceito de propriedade na contemporaneidade visa a uma abstralidade para que haja fácil circulação de riquezas, bem como a fórmula da função social da propriedade exige uma concretude com o objetivo de “garantir a melhor utilização social da propriedade” (JUNIOR, 2002, p. 147), há conflito de métodos de interpretação e difícil unanimidade nos tribunais acerca do momento em que o uso da propriedade é reflexo do princípio proprietário que visa à liberdade e o momento em que essa liberdade deve ser limitada pela função social e o interesse de terceiros, conforme ocorre no caso paradigmático n.º 1.

Em que pese a preocupação com valores solidários no uso da propriedade não ter aparecido primeiramente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na atual Carta política brasileira a propriedade é garantia que se revela no caput do artigo 5º da Carta Maior, a qual afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de direito (...) à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 2018).

Assim, no caput do artigo 5º da Constituição Federal é assegurado o direito a ter bens, sendo reconhecido que para a garantia da dignidade da pessoa humana é necessário que o indivíduo possua ao menos um mínimo de bens sob seu comando.

Acertada, portanto, a reflexão do professor Luciano de Camargo Penteado (2014, p. 187) ao afirmar que “a dimensão de personalidade inerente ao homem e mesmo ao que é o humano, é interessante lastro de fundamentalidade do direito de propriedade.”. (PENTEADO, 2014, p. 187).

Isso porque, ser pessoal é sinônimo de ser indivíduo, ou seja, ter características singulares e exclusivas face a coletividade, de tal modo que, ostentar propriedade é característica essencial para a distinção do indivíduo face a coletividade, algo que permite o desenvolvimento da própria personalidade do indivíduo em sua singularidade.

Ainda, o artigo 5º, inciso XXII da Carta Maior preceitua ser garantido o direito de propriedade.

Conforme assevera Luciane Moessa de Souza (2000), a distinção entre o direito à propriedade e o direito de propriedade é fulcral.

O direito à propriedade, como já apresentado no presente artigo científico, se coaduna com o direito de acesso à titularidade de bens necessários a uma existência digna.

O direito de propriedade, por sua vez, é o direito de titularidade de bens, de forma pura, correlacionando-se com os direitos de ter comando sobre coisas de forma absoluta e com exclusão de terceiros.

Acertado exemplo apresentou Luciane Moessa de Souza (2000):

Dentre os bens jurídicos suscetíveis de apropriação, avultam os imóveis, pela relevância de sua utilização. A propriedade imobiliária pode ser utilizada tanto para a subsistência e/ou moradia, quanto para a realização de atividade econômica, quer especulativa (valorização imobiliária), quer produtiva (construção e incorporação imobiliária, atividade industrial ou comercial, na área urbana; agropecuária ou extrativismo, na área rural). (SOUZA, 2000. p. 2).

Conforme exemplo acima exposto, o direito à propriedade imobiliária pode ser um reflexo do direito à moradia como situação mínima para o exercício do princípio da dignidade humana, assim como pode ser um reflexo do direito de propriedade em seu viés de exclusividade e disponibilidade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem a detenha injustamente.

Assim, evidencia-se que o fenômeno da propriedade privada na contemporaneidade brasileira se relaciona com valores solidários e com a democratização da propriedade, tal fenômeno não é exclusivo da Constituição Federal de 1988, todavia, tomou maiores proporções, sendo utilizada a função social como discurso que fundamenta tal interesse político, a qual merece destaque.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O fenômeno da função social, assim como o fenômeno da propriedade, é um instituto jurídico criado por classes sociais em prol de seus interesses, razão pela qual é fundamentado pela ordem de discursos, já analisada no presente trabalho científico.

Diante disso, evidencia-se que o fenômeno da função social é dotado de uma conceituação própria, influenciado por valores históricos, políticos, econômicos e sociais.

3.1 DISCURSO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Já no século XX, por força de acontecimentos sociais e históricos, o Estado teve de passar a intervir na liberdade econômica para garantia de valores mínimos solidários, como orienta Francisco Eduardo Loureiro (2003).

Conforme já exposto, na modernidade o discurso proprietário estava vinculado a uma ideia de liberdade. Diante disso, quando se cogita o fenômeno da função social, ao menos na concepção que a categoria assume no século XX, emerge-se o ideário de que a função social vem condicionar a liberdade da propriedade.

Nesses termos, afirma o professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Portanto, quando se cogita de função, ao menos na concepção que a categoria assume no século XX no tocante à funcionalização dos institutos fundamentais do Direito Civil, logo emerge a conclusão de que a função vem limitar ou, mesmo, condicionar a liberdade, de modo que uma perspectiva funcional será a antítese de uma compreensão fundada nessa mesma liberdade. (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 151).

Todavia, o próprio professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2011) sustenta, contudo, que ao se reconhecer o caráter polissêmico da categoria função, em análise de seu caráter teleológico, não haveria contradição entre liberdade e função.

Isso porque, defende o autor que (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 167) “(...) a função como liberdade(s), na tese, consiste na compreensão de que os institutos de Direito Civil têm entre suas funções a proteção e o incremento da liberdade coexistencial.”

De todo modo, diante da importância de valores supra-individuais reconhecidos na modernidade, dois autores alicerçaram o entendimento a respeito do que é função social, sendo eles: León Duguit e Karl Renner, os quais passam a ser estudados.

Importante salientar, contudo, que já no século XIX alguns autores abordavam o tema, como Ihering e Augusto Comte, todavia, como recorte metodológico, passa-se a análise como marco paradigmático daquilo desenvolvido por León Duguit e Karl Renner.

León Duguit nega o conceito de direito subjetivo de propriedade, afirmando que aquilo que se chama de direito nada mais seria que um conjunto de funções atribuídas aos indivíduos na consecução das regras que asseguram a solidariedade social.

Quanto ao tema, o professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk explica que:

Pautado, sobretudo, no Positivismo de Augusto Comte, Duguit constrói sua teoria de modo a contestar toda concepção por ele reputada como “metafísica” e individualista e afirma a concretude da solidariedade social – e, sobretudo, das regras que mantêm essa solidariedade – como a fonte da compreensão a respeito do Direito e do Estado. Rechaça, ainda, o autor, coerente com seu positivismo científico, qualquer dimensão axiológica que se pretenda identificar no Direito. (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 151).

Para León Duguit, a própria liberdade individual não seria um direito, mas, sim, uma função, como sustenta o professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2011).

Todavia, essa liberdade expressa por León Duguit é um dever que se realiza “em prol do todo social, de sua coesão, da manutenção dos laços de solidariedade” (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 151).

Importante salientar que a noção de solidariedade desenvolvida por León Duguit se assimila àquela empregada pelo filósofo Émile Durkheim (1999), compreendida como a coesão entre os membros de uma sociedade, visando à manutenção dessa coesão que ensejaria a ordem necessária ao progresso da sociedade humana.

Karl Renner, por sua vez, filiado à matriz jurídico-política que instituiu a Constituição de Weimar, como afirma Felipe Frank (2011), é o primeiro a interpretar a função social da propriedade dentro de um paradigma de ruptura em relação à noção de propriedade absoluta e abstrata.

Segundo afirma Felipe Frank (2011), Karl Renner criticava o individualismo propagado na modernidade, consolidando o entendimento de que a propriedade poderia contribuir para o auxílio da coletividade como um todo.

Além disso, Karl Renner consolidou entendimento de que haveria uma supremacia da função social e firmou o posicionamento de que a vontade da coletividade pode ser extraída a partir da vontade de seus governantes, conforme tradução apresentada por Felipe Frank:

A vontade coletiva, no entanto, não tem uma vida metafísica, (...) ela vem ao mundo como vontade individual dotada de poder, como valor de troca social nessa sua encarnação como dinheiro. Onde a coletividade comanda – e isso ocorre em todas as sociedades – ela o faz mediante indivíduos que são considerados órgãos de seu poder. Não existe nenhuma sociedade sem uma ordem de poder. (1981, apud FRANK, 2011, p. 51).

Importante constatação, contudo, é feita por Felipe Frank (2011) ao afirmar que:

Ao colocar a função social acima de qualquer outro direito, tornando-a absoluta e deslocando o poder de decidir qual o conteúdo dessa função nas

mãos dos governantes, a concepção de Renner permitiu que os abusos outrora levados a efeito pelo uso abusivo de direitos absolutos, nomeadamente a propriedade privada, agora fossem levados a cabo pela discricionariedade no emprega da função social, tendo sido, segundo Carlos Pianovski, apreendida pelo nazi-fascismo. (FRANK, 2011, p. 51-52)

Diante disso, em que pese Karl Renner não ter condicionado a função social no conceito de propriedade, o autor afirma ser a função social objetivo primado da estrutura jurídica. Além disso, o autor advoga que o poder de decidir qual é o conteúdo da função social cabe aos governantes, justificando o abuso discricionário do conceito de função social por governos autoritários.

Destarte, para Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011), Leon Duguit e Karl Renner iniciaram o debate conceitual que se estrutura até a contemporaneidade, o qual representa o cerne da problemática investigada e foi delimitado pelo autor como o debate entre as teorias internas e as teorias externas.

3.2 TEORIA INTERNA X TEORIA EXTERNA

A função social da propriedade, o direito de propriedade e o direito à propriedade, como direitos fundamentais que são, foram estudados por Virgílio Afonso da Silva ao investigar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Analisando a amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2006, p. 40), visa a enfrentar “o problema da reconstrução da relação entre os direitos e seus limites e restrições”. Para tanto, o autor cataloga em duas correntes doutrinárias os autores que abordam o assunto, sendo delimitadas em teoria interna e, em contraposição, teoria externa.

Para Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2006, p. 41), os autores que advogam na teoria interna defendem, como ideia central, a máxima de que “o direito cessa onde o abuso começa”. Diante disso, e como também orienta Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011), a teoria interna seria a linha doutrinária que afirma que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele.

Na relação entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, para os autores que defendem a linha da teoria interna, o direito de propriedade tem como restrição interna ao seu suporte fático a função social, tendo como precursora, como orienta Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011), a hermenêutica consolidada na literatura de Leon Duguit.

Por outro lado, conforme orienta Virgílio Afonso da Silva (2006), a teoria externa divide o objeto em dois, existindo o direito em si e, destacado dele, as suas restrições.

Na relação entre o direito de propriedade e função social da propriedade, pode-se aferir que a linha doutrinária que se aproxima do pensamento inicialmente desenvolvido por Karl Renner se consolida como teoria externa, pois, conforme interpreta o autor Felipe Frank (2011), ao afirmar que a função social é direito absoluto que deve ser tomado como premissa máxima, Karl Renner destaca os institutos.

De todo modo, conforme alude Otávio Luiz Rodrigues Junior (2011), ambas as correntes doutrinárias têm em comum o fato de compreenderem o direito como uma realidade “previamente limitada pelo conteúdo que lhe atribui o ordenamento jurídico” (JUNIOR, 2011, p. 23), de modo que a propriedade não seria um direito subjetivo do proprietário, mas a função social que o detentor de riquezas deve cumprir para satisfazer necessidades gerais.

Por outro lado, a principal divergência entre as teorias ocorre na análise do suporte fático do direito de propriedade, pois, os autores que advogam na teoria externa defendem a existência de um suporte fático restrito para o fenômeno jurídico da propriedade no momento da subsunção, o qual não envolve a função social da propriedade, sendo a função social um aparato externo ao suporte fático e que se relaciona com o fato jurídico já consolidado.

Ainda, em que pese as divergências entre as teorias internas e externas, evidencia-se que o discurso de conceituação abstrato da propriedade se consolida de forma diversa do discurso da função social da propriedade.

Isso porque, a análise da função social deve ser realizada de forma concreta e o discurso proprietário se consolida de forma abstrata.

Quanto ao tema, sustenta Erouths Cortiano Junior que:

A função social significa rupturas do discurso proprietário na medida em que, enfrentando a abstração de seu modelo, remete o operador do direito para análise da situação concreta em que se insere cada situação proprietária. A indeterminação do conceito permite, ainda, oportuna adequação às modificações sociais por que passa determinada comunidade. (JUNIOR, 2002, p. 150).

Diante disso, para os autores que advogam a tese da teoria interna, o próprio ideário de propriedade abstrata consolidado na modernidade sofre uma ruptura, passando a conflitar com a necessidade de análise concreta do teor da função social.

Ainda, para os autores que advogam a tese da teoria externa, há uma correlação conflituosa entre a liberdade econômica e os deveres proprietários decorrentes da função social.

Assim, independente da teoria em que se filie, há dificuldade de correlação entre o fenômeno da propriedade privada e o fenômeno da função social.

Conforme destacado no capítulo introdutório, a interferência ou não do princípio da função social da propriedade no suporte fático do direito de propriedade é um dos problemas enfrentados no caso paradigmático n.º 2.

Isso porque, quando o Ministro Humberto Martins conceitua propriedade dividida em propriedade com função individual e propriedade com função social, utiliza a abstração e a aproximação de propriedade como liberdade individual em casos denominados de “função individual” e traz para dentro do suporte fático do instituto da propriedade o instituto da função social, quando a propriedade apresentar destaque na ordem econômica.

Além disso, o Ministro limitou o fenômeno da solidariedade e da preocupação democrática da propriedade ao marco da Constituição de 1988, ao afirmar que “a partir do momento em que a Constituição Federal estabeleceu que a propriedade – não aquela dotada de função individual – deveria cumprir a sua função social, o princípio da função social passou a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade”. (STJ – AgRg no Resp: 1138517/MG 2009/0085811-0, Relator: Min Humberto Martins, Data de Julgamento: 18/08/2011, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2011).

Todavia, conforme já exposto no presente trabalho científico, em citação ao professor Otávio Luiz Rodrigue Junior (2011), tal interpretação não condiz com a realidade histórica brasileira.

Ainda, outra problemática apresentada no caso paradigmático n.º 2º se deu quanto a divergência entre os julgadores que firmaram entendimento de que a produtividade da propriedade rural é parâmetro suficiente de solidariedade e aquilo que fundamentou os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme explicam os professores José Antônio Peres Gediel e Adriana Espíndola Corrêa (2015), tal problema hermenêutico decorre do apego da jurisprudência brasileira ao discurso proprietário patrimonialista, resumindo de forma equivocada a função social da propriedade rural à existência de produção ou não.

Por fim, importante se faz apresentar a crítica à teoria interna dos direitos fundamentais realizada por Virgílio Afonso da Silva.

Conforme elucida o autor (2006), para os doutrinadores que advogam a teoria interna existe apenas um objeto, que seria o direito com seus limites imanentes. Diante disso, a definição do conteúdo e a extensão de cada direito não dependeria de fatores externos, de modo que, não há que se falar, nesse tipo de interpretação, em colisão de direitos.

Diante disso, haja vista que a definição do direito é feita de antemão, a norma será com certeza aplicável e produzirá todos os seus efeitos sempre que se tratar de uma situação que se enquadre na hipótese nela descrita.

Quanto ao tema, segundo Virgílio Afonso da Silva:

(...) Isso porque, se a definição do conteúdo do direito é feita de antemão, isso significa, para usar a expressão de Sieckmann, que a norma que o garante tem validade estrita. Segundo ele, validade estrita significa que uma norma será com certeza aplicável e produzirá todos os seus efeitos sempre que se tratar de uma situação que se enquadre na hipótese por ela descrita. (SILVA, 2006, p. 41).

Assim, estaríamos sempre diante de uma norma jurídica que se comporta como regra, pois, como as restrições se encontram dentro do seu suporte fático, não haveria restrições externas à sua atividade.

Todavia, diante desse método de interpretação, os direitos à propriedade privada, direitos de propriedade e a função social da propriedade não participariam de um processo de sopesamento, de modo que, o critério de aplicação seria analisado apenas do pressuposto: há direito ou não há?

Nesse sentido, o direito *prima facie* se identifica com o direito definitivo, não podendo existir no sistema uma situação em que há um direito “em si” que não poderia ser exercido por haver sido restringido em decorrência de colisão com outros direitos.

Em razão desse reflexo lógico, o autor critica a teoria interna, por não guardar correlação com a realidade e com a teoria de sopesamento dos direitos fundamentais, conforme alude:

Por consequência, se direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental, essa garantia tem que ser definitiva e não apenas *prima facie*. A impossível distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes. Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver um direito “em si”, não pudesse ele ser exercitado por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos. Ou há direito subjetivo ou não há. Se o direito subjetivo existe, então pode ele ser naturalmente exercido no âmbito de seus limites. Em outras palavras: no âmbito da teoria interna não há como se falar que determinada ação seja, *prima facie*, garantida por uma norma de direito fundamental, mas que, em decorrência das circunstâncias – fáticas e jurídicas – do caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. (SILVA, 2006, p. 41).

4. CONCLUSÃO

O método de pesquisa utilizado possibilitou que, a partir de dois casos paradigmáticos, se abstraíssem conclusões gerais sobre a correlação entre função social da propriedade e o fenômeno da propriedade.

Após análise, evidencia-se que através dos meios até então utilizados não há como conceituar a propriedade de forma precisa, a ponto de realizar uma definição unânime a respeito do instituto.

Todavia, foi apresentada a importância da ordem dos discursos na construção dos institutos, demonstrando que as conceituações de institutos são influenciadas pelas vontades de classes sociais dominantes.

Ainda, foi demonstrado que o discurso proprietário sofreu diversas rupturas no decorrer da história, isso se dando pelo fato de que tal discurso é de interesse político e sua tutela é alterada a partir dos interesses subjacentes das classes dominantes.

Dentre as rupturas ao discurso proprietário está a função social da propriedade. Assim, foi esclarecido no presente trabalho científico que a função social da propriedade rompe com o discurso proprietário individualista e patrimonialista, outrora dominante na realidade social, e se relaciona com seu conceito.

Como proposta hermenêutica, foram apresentadas duas correntes doutrinárias que tentam identificar como o fenômeno da função social da propriedade influencia no conceito de propriedade, as quais foram denominadas de teorias internas e teorias externas.

As teorias internas são aquelas que advogam que o princípio da função social da propriedade interfere no conceito de propriedade privada, fazendo parte do suporte fático para a construção do fato jurídico.

Por outro lado, as teorias externas são aquelas que advogam que função social da propriedade e propriedade privada são objetos autônomos que possuem suportes fáticos específicos, os quais se relacionam em casos concretos pelo critério de sopesamento dos direitos fundamentais.

Nos casos paradigmáticos analisados, pode-se abstrair alguns problemas hermenêuticos principais, quais sejam: Caso n.º 1 = a) a liberdade de uso da propriedade face a função social; b) a aplicação do princípio proprietário na contemporaneidade. Caso n.º 2 = a) a interferência ou não do instituto da função social dentro do suporte fático da propriedade no momento da subsunção; b) o critério de produtividade como suficiente para cumprimento da função social;

c) a constatação do momento histórico em que a legislação brasileira passou a se preocupar com valores solidários.

Quanto aos problemas hermenêuticos do caso paradigmático n. ° 1, demonstrou-se que alguns julgadores ainda se apegam ao princípio proprietário e ao discurso proprietário patrimonialista e individualista para solução do problema, todavia, a preocupação com valores solidários é um reflexo de ruptura desse discurso, cabendo ao proprietário uma posição ativa, em prol de terceiros, e não apenas passiva, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos problemas hermenêuticos do caso paradigmático n. ° 2, demonstrou-se o embate entre teorias interna e externa na consolidação do conceito de propriedade, bem como se evidenciou que o princípio proprietário, conforme citação ao professor Pietro Barcellona realizada anteriormente, foi retomado na contemporaneidade e influencia no entendimento de julgadores que fundamentam a função social da propriedade rural na sua produção, posicionamento criticado pelos professores José Antônio Peres Gediél e Adriana Espíndola Corrêa. Ainda, o caso paradigmático n. ° 2 denota uma divergência de interpretação a respeito do momento em que o ordenamento brasileiro passou a se preocupar com critérios solidários, de modo que alguns julgadores defendem que foi a partir da Constituição de 1988, o que, conforme exposto, não condiz com a realidade brasileira.

Por fim, como sugestão de pesquisa, evidencia-se a importância de se analisar a forma com que a jurisprudência brasileira conceitua o direito de propriedade, pesquisa que poderá ser realizada através de um método empírico quantitativo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro, RJ, abril de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro, RJ, Fevereiro de 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ, dezembro de 1935. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro, RJ, novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 12 de novembro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, agosto 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

CARDOSO, Fernanda Lousada. **A propriedade Privada Urbana Obriga?**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DEMO, Pedro. **Introdução à Metodologia da Ciência**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 1985, p. 13.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 106.

FACHIN, Luiz Edson. **A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

FRANK, Felipe. **A ideologia do discurso proprietário frente à função social**. Trabalho de Graduação (bacharelado em ciências jurídicas) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Reforma Agrária e Judiciário brasileiro: tensões entre propriedade liberal e o princípio da função social. **Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC**. 2015, v. 3, abr/jun.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Editora Atlas S.A, p. 4.

JUNIOR, Errouths Cortiano Junior. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. **Propriedade e Função Social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil**. 2011. Disponível em: http://www.direitocontemporaneo.com/?page_id=2. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A Função Social da Propriedade: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o Novo Código Civil**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas S.A. 2003, p. 85

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45-153

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ editora. 2011

SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, s/v. 2006, p. 23-51.

SOUZA, Luciane Moessa. A Natureza Jurídica da Propriedade em Face do Princípio da Função Social da Propriedade no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 33. 2000

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3^a. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003, p. 151

VIEIRA, José Roberto. **Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: a Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”**. In: BARRETO, Aires F. al. **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 329-330.